Early Journal Content on JSTOR, Free to Anyone in the World

This article is one of nearly 500,000 scholarly works digitized and made freely available to everyone in the world by JSTOR.

Known as the Early Journal Content, this set of works include research articles, news, letters, and other writings published in more than 200 of the oldest leading academic journals. The works date from the mid-seventeenth to the early twentieth centuries.

We encourage people to read and share the Early Journal Content openly and to tell others that this resource exists. People may post this content online or redistribute in any way for non-commercial purposes.

Read more about Early Journal Content at http://about.jstor.org/participate-jstor/individuals/early-journal-content.

JSTOR is a digital library of academic journals, books, and primary source objects. JSTOR helps people discover, use, and build upon a wide range of content through a powerful research and teaching platform, and preserves this content for future generations. JSTOR is part of ITHAKA, a not-for-profit organization that also includes Ithaka S+R and Portico. For more information about JSTOR, please contact support@jstor.org.

überdies aber in letzter Linie Alles von der königlichen Bestätigung (§. 908) abhängig gemacht worden.

So begreiflich es ist, daß einerseits die Staatsgewalt die Neigung hat, die Richteranstellung als ihr Recht festzuhalten, so kann man doch anderseits nicht verkennen, daß die Handelsgerichte gerade deshalb gefordert werden, weil es dem Handelsverkehr um die Selbstverwaltung der Justiz aus sich heraus zu thun ist.

Die Abweichungen des Verfahrens sind nur unbedeutend. Am wichtigsten ist die Entbindung der Parteien von dem Anwaltszwang (§. 924). Im Uebrigen bedarf der Handelsgerichtshof keiner Besonderheiten, wenn auch der Prozeß der ordentlichen Gerichte so einfach, als möglich ist. Der Unterschied wird immer nur, und auch das, wie zu hoffen, nur einstweilen, in der Verschiedenheit der Beurtheilungsmethode bestehen, welche durch das kaufmännische Richterelement bedingt ist.

Für die Wechselsachen schließlich (§. 933—945) bedürfte es nur einiger noch mehr abkürzender Bestimmungen.

Wir haben damit das erstinstanzliche Verfahren in seinen verschiedenen Abarten kennen gelernt. Eine Besprechung des wichtigen Abschnittes von den Rechtsmitteln muß aufgespart bleiben.

---

## VIII.

### Ueber die Tragung der Gefahr beim Genuskauf.

Von Herrn Prof. Dr. **Regelsberger**
in Zürich.

Das römische Recht macht in der Tragung der Gefahr beim Kaufvertrag einen wesentlichen Unterschied zwischen dem Kauf nach Zahl, Maß und Gewicht einerseits und jedem andern Kaufvertrag. Unter den ersteren Begriff fallen

aber zwei sehr verschiedene Geschäfte, welche zunächst nur das Gemeinsame haben, daß das Zuzählen, Zumessen, Zuwägen eine Vorbedingung für die Vollziehung des Geschäfts bildet. Es gehört dahin:

1) der Kauf eines räumlich abgegrenzten Vorraths gleichartiger Sachen in seiner Gesammtheit, wobei jedoch der Preis nach der Zahl, dem Maß oder Gewicht des gekauften Vorraths, nicht im Ganzen festgesetzt ist.

2) Der Kauf eines nach Zahl, Maß oder Gewicht bestimmten Quantum aus einem größeren Vorrath.

Jenes Geschäft wird passend Kauf nach Maß (emtio ad mensuram)[1], dieses Genuskauf genannt. Hier kennt man dasjenige, was geleistet werden soll, nach seiner Individualität vorerst noch nicht, wohl aber den Betrag des Kaufpreises. Dort verhält es sich gerade umgekehrt; der Gegenstand des Kaufes ist schon beim Abschluß individuell bestimmt, aber die Summe des Kaufpreises noch unbekannt. Für den Begriff des Genuskaufs ist es ganz gleichgültig, ob der Preis im Ganzen oder nach einer Maßeinheit bestimmt wird; denn auch in dem letztern Fall ergibt sich die Gesammtsumme durch eine einfache Rechnungsoperation.[2] Beim Kauf nach Maß liegt aber die Eigenthümlichkeit gerade in der Art der Preisbestimmung. Der letztere stellt sich sonach als ein Spezieskauf dar, es wird dieser Haufen Getreide, diese Fuhre Holz, der Weinvorrath in diesem Keller gekauft. Beim Genuskauf bilden den Gegenstand ein oder zehn oder zwanzig Scheffel Getreide, ein (oder zehn, zwanzig) Saum Wein u. s. w.

Im Gegenstand trifft der Kauf nach Maß mit dem Kauf in Bausch und Bogen zusammen; hier wie dort wird der ganze für sich bestehende Vorrath gekauft. Aber beim Kauf in Bausch

---

1) Man möchte geneigt sein, diese Beschränkung der Bezeichnung willkürlich zu nennen, da auch der Genuskauf eine emtio ad mensuram sei. Allein näher zugesehen wird nur im ersteren Fall nach Maß, im zweiten dagegen ein Maß gekauft. Schon Andere haben so unterschieden, z. B. Ihering in seinen Jahrbüchern Bd. IV S. 373 Note 2 und S. 396.

2) L. 35 §. 7 de C. E. 18, 1... nec interest, unum pretium omnium centum metretarum insimul dictum sit an in singulos eos.

und Bogen ist der Preis in einer Gesammtsumme festgestellt und nicht nach der Zahl der Stücke, der Maß- oder Gewichtseinheiten. Uebernimmt auch bei der Preisfestsetzung im Ganzen der Verkäufer die Gewährleistung eines gewissen Mindestbetrags, so wird dadurch der Begriff des Kaufs in Bausch und Bogen nicht aufgehoben. Der Kaufpreis ist nichts destoweniger fest verabredet und richtet sich keineswegs ganz und gar nach dem Ergebniß des Zählens, Messens oder Wägens. Ein etwaiges Mehr erhöht ihn nicht und ein allfälliges Weniger führt nur zu einer Kürzung desselben nach Art der Abminderung beim Vorhandensein von Gewährsmängeln (L. 62 §. 1 de contrahenda emtione 18, 1, L. 1 §. 1 i. f. de periculo et commodo 18, 6. Von einem Fall der letzteren Art ist auch zu verstehen L. 2 §. 1 eod.).

Der Vorrath, aus welchem beim Genuskauf die gekaufte Quantität zu liefern ist, kann bald größer bald kleiner sein. Von rechtlicher Bedeutung ist in dieser Hinsicht folgender Unterschied:

a) Das Genus, woraus geleistet werden soll, bilden alle Waaren dieser Gattung, welche überhaupt auf der Welt vorhanden sind. Das Genus ist unbegrenzt (Thöl: unübersehbar); gleichviel ob die Gattung durch besondere Merkmale noch so genau bestimmt ist, das Genus umfaßt alle zu dieser Gattung gehörigen Waaren, wo sie sich auch immer befinden. Ein unbegrenztes Genus liegt vor, wenn „hundert Scheffel Weizen" schlechthin, aber auch wenn „hundert Scheffel ungarischer Weizen heuriges Gewächs Prima Qualität" gekauft werden.

b) Das Genus, woraus die zu liefernde Waare entnommen werden soll, ist ein räumlich abgegrenztes Ganze von Waaren einer bestimmten Gattung, ein begrenzter (Thöl: übersehbarer) Vorrath z. B. zehn Scheffel von dem auf dem Speicher des Verkäufers befindlichen Roggen. Es kommt übrigens für diesen Begriff nur darauf an, daß räumliche Grenzen angegeben, nicht wie weit sie sind. Der Vorrath von Oel in einer zwei Pfund haltenden Flasche gehört nicht mehr dahin als der Oelvorrath in einer bestimmten Stadt oder in einem Lande.

Manche Civiliſten bezeichnen jenen Genuskauf (ad a.) als rein generellen, dieſen (ad b.) als gemiſcht generellen.[3] — Hiezu noch folgende Bemerkung. Beim Genuskauf iſt das Daſein der Obligatio, das an debeat (L. 2 §. 3 de eo quod certo loco 13, 4) gewiß, die überdies nur relative Unbeſtimmtheit betrifft nur das quid. Daher fällt nicht darunter der Kaufvertrag, bei welchem die Auswahl der zu leiſtenden Stücke auf den Willen eines Dritten geſtellt iſt. Hier ſteht die Exiſtenz des Kaufs noch in Frage, ſie hängt von der Vornahme der Wahl durch den Dritten ab, und wenn dieſe nicht erfolgt, gleichviel aus welchem Grunde, ſo kommt das obligatoriſche Verhältniß gar nicht zur Entſtehung. Das letztere Geſchäft iſt alſo ein bedingter Spezieskauf[4], ähnlich dem Fall, wo die Feſtſetzung des Preiſes von dem Ausſpruch eines Dritten abhängig gemacht wird.

§. 1 Inst. de emtione 3, 23 (L. 15 Cod. de contrah. emt. 4, 38):

Sed nostra decisio ita hoc constituit, ut quoties sic composita sit venditio: quanti ille aestimaverit, sub hac conditione staret contractus, ut si quidem ipse, qui nominatus est, pretium definierit, omnimodo secundum ejus aestimationem pretium persolvatur et res tradatur, ut venditio ad effectum perducatur ... Sin

3) Bekker in ſeinem und Muther's Jahrbuch Bd. V S. 357.

4) Unter dieſen Geſichtspunkt ordnet ſich der von Bekker a. a. O. S. 377 mitgetheilte Fall. Ein Gutsbeſitzer in der Mark kaufte von einem Pferdehändler 50 kleine Litthauer Pferde von beſtimmter Größe, beſtimmten Jahren u. ſ. w., das Stück zu 12 Friedrichsd'or. Die Pferde ſollte der Händler auf dem Hofe des Käufers abliefern. Daneben war verabredet, daß nur ſolche Pferde geliefert werden ſollten, welche ein in Hinterpommern wohnender Freund des Käufers und erfahrener Pferdekenner brauchbar befunden haben würde Es wurde dies noch näher dahin beſtimmt, daß der Händler mit einer größeren Anzahl von Litthauer Pferden bei dem Hinterpommer'ſchen Gutsbeſitzer erſcheinen und dann von dieſem die Auswahl getroffen werden ſollte. — Bekker wirft die Frage auf, wer von der geſchehenen Wahl an die Gefahr zu tragen habe. Ohne Zweifel der Käufer, weil durch dieſen Akt die Bedingung des geſchloſſenen Spezieskaufs erfüllt wurde.

autem ille qui nominatus est vel noluerit vel non potuerit pretium definire, tunc pro nihilo esse venditionem quasi nullo pretio statuto.

In den bezüglichen Stellen des römischen Rechts heißt es, daß beim Kauf nach Zahl, Maß und Gewicht, d. h. dem Kauf nach Maß i. e. S. und dem Genuskauf, die Vollendung nicht schon mit der Verabredung, sondern erst mit der Zuzählung, Zumessung oder Zuwägung oder, wie es an einem andern Orte bezeichnet wird, mit der Uebergabe eintrete.

L. 35 §. 5 de C. E. 18, 1 (Gaius):

non tamen aliter videatur perfecta venditio, quam si admensa adpensa adnumeratave sint... Sabinus et Cassius tunc perfici emtionem existimant, quum adnumerata admensa adpensave sint.

L. 2 Cod. de peric. et comm. 4, 48 (Alexander):

Quum convenit, ut singulae amphorae vini certo pretio veneant, antequam tradantur, imperfecta etiam tunc venditione, periculum vini mutati emtoris, qui moram mensurae, faciendae non interposuit, non fuit.

Worin äußert sich aber der Mangel der Vollendung? Kann vielleicht jeder Theil noch einseitig zurücktreten? Keineswegs, beide Theile sind sofort gebunden. Es kann sogar auf Erfüllung geklagt werden (arg. L. 1 §. 3, 4 de per. et comm.). Mit einem Wort, die Verschiebung der Vertragsvollendung hat in diesem Zusammenhang keine andere Bedeutung, als daß vorerst noch die Gefahr den Verkäufer trifft.[5])

L. 35 §. 7 de C. E. 18, 1 (Gaius):

Sed etsi ex doliario pars vini venierit veluti metretae centum, verissimum est, quod et constare videtur, omne periculum ad venditorem pertinere.

L. 1 §. 1 de peric. et comm. 18, 6 (Ulp.):

priusquam enim admetiatur vinum, prope quasi nondum venit, post mensuram factam venditoris de-

5) Seuffert, Archiv für oberstrichterliche Entscheidungen Bd. XVI Nr. 42, Civilrechtssprüche Würtembergischer Gerichtshöfe von Tafel u. s. w. Bd. V S. 301.

sinit esse periculum; et ante mensuram periculo liberatur, si non ad mensuram vendidit.

Vgl. L. 1 pr., §. 2, L. 5, 12, 14 eod., L. 2 Cod. de peric. et comm. (S. 187.) Es scheint, daß die Wahl der Bezeichnung emtio venditio nondum perfecta für diese Fälle bei den römischen Juristen einen doctrinären Grund gehabt habe, um bei dem Kaufvertrag den Uebergang der Gefahr auf ein einheitliches Moment zurückführen zu können, wie dies Paulus in L. 8 pr. de peric. et comm. ausspricht:

Necessario sciendum est, quando perfecta sit emtio; tunc enim sciemus, cuius periculum sit; nam perfecta emtione periculum ad emtorem respiciet. Et si id quod venierit, appareat, quid quale quantum sit. (quantum) sit et pretium, et pure veniit, perfecta est emtio.

Mit Recht haben neuere Gesetzgebungen demselben Gedanken bestimmtere Fassung gegeben.

Code civil Art. 1585:

Lorsque des marchandises ne sont pas vendues en bloc, mais au poids, au compte, ou à la mesure, la vente n'est point parfaite, en ce sens que les choses vendues sont aux risques du vendeur jusqu'à ce qu'elles soient pesées, comptées ou mesurées.

Zürcher privatrechtliches Gesetzbuch §. 1437 (s. unten S. 213), Sächsisches bürgerliches Gesetzbuch §. 1091.

Neuere haben theils den Kauf nach Maß (Thöl, Handelsrecht Bd. I §. 75 S. 456 der 4. Aufl.) — theils den Genuskauf (Fick, Archiv für Wechselrecht Bd. VIII S. 86 ff., Bd. IX S. 390 ff.) — theils beide (Mommsen, Unmöglichkeit der Erfüllung S. 337) für bedingte Kaufverträge erklärt. So heißt es bei Thöl: „der Kauf (gilt) in unserm Fall (wenn ein Ganzes verkauft ward, der Preis aber nach dem erst später auszumittelnden Quantum berechnet werden soll) als unter der Bedingung abgeschlossen, daß die Zumessung u. s. w. den Preis bestimme. Fällt dieses Mittel der Preisbestimmung weg, so ist der Kauf, welcher der Hauptsache nach im Schweben war, wegen Mangel eines Preises eigentlich nie vorhanden gewesen, die Bedingung kann nicht eintreten."

Von Anderem abgesehen reimt sich mit der Auffassung dieses Geschäfts als eines bedingten Kaufs der Umstand nicht, daß aus demselben eine Klage auf Zumessung u. s. w., d. h. also nach Thöl auf Erfüllung der Bedingung zustehe. L. 41 pr. i. f. de C. E. 18, 1:

si vero sub conditione facta emtio est, non poterit agi, ut conditio impleatur.

Vgl. dagegen auch Goldschmidt in seiner Zeitschrift Bd. III S. 303. Die Art wie Fick (a. a. O. IX. S. 392 Note 15) den Einwand aus L. 41 cit. zu beseitigen versucht — man müsse eine emtio venditio sub conditione in Verbindung mit einer stipulatio de implenda conditione annehmen — wird wenig Freunde finden. Mit demselben Rechte könnte man den Kauf einer erst zu verfertigenden Sache unter den Gesichtspunkt eines bedingten Vertrags bringen. Die Quellen wissen davon nichts. L. 65 de C. E. und L. 2 §. 1 locati 19, 2.

Zwar berufen sich die Vertheidiger der bekämpften Auffassung auf die römischen Juristen. Gaius berichtet, daß nach der Ansicht von Sabinus und Cassius die Vollendung des Kaufgeschäfts über einen ganzen Vorrath bei Bestimmung des Preises nach dem Maß u. s. w. von der Zumessung, Zuzählung, Zuwägung abhängig sei und zwar:

quia venditio quasi sub hac conditione videtur fieri, ut in singulos (al. singulas) metretas aut in singulos modios, quos quasve admensus eris rlq.

Allein wer sieht nicht aus der vorsichtigen Fassung der Stelle, daß der Jurist nur eine Aehnlichkeit andeuten will? Wer hier das quasi [6]) unbeachtet lassen oder in einem anderen Sinn auslegen will, der muß das Gleiche bei der Aeußerung von Ulpian in L. 1 §. 1 de peric. et comm.: prope quasi nondum venit thun und annehmen, daß vor der Zumessung der Kauf noch gar keine Geltung habe. Wenn

6) Auffallender Weise fehlt dieses Wort in dem zweimaligen Abdruck dieser Stelle bei Fick a. a. O. VIII. S. 87 Note 51 und IX. S. 391 Note 14.

vollends Mommsen a. a. O. meint, daß sich alle Fälle eines unvollendeten Kaufvertrags unter den Gesichtspunkt eines bedingten Kaufs ordnen, so gibt er damit den juristischen Begriff der Bedingung preis; man darf dann aber auch aus dieser Auffassung keine Folgerungen ziehen, welche dem Wesen der eigentlichen Bedingungen entnommen sind. [7]) Uebrigens bewegt sich solche Deduction in einem Zirkel: der Kauf ist bedingt, weil er noch nicht vollendet, und er ist noch nicht vollendet, weil er bedingt ist. Erklärt wird damit nichts.

Es wurde der Widerlegung der Ansicht, daß sich der Kauf nach Maß, Zahl und Gewicht als ein bedingter Vertrag darstelle, eine eingehendere Betrachtung gewidmet, weil prinzipiell unrichtige Auffassungen fast niemals ohne bedenkliche praktische Folgen bleiben. So auch hier. Um nur auf Eines hinzuweisen, so trifft bei bedingten Käufen die Gefahr der bloßen Verschlechterung den Käufer:

L. 8 pr. i. f. de peric. et comm. 18, 6:

Sane si extet res, licet deterior effecta, potest dici, esse damnum emtoris.

Wer nun annimmt, daß der Kauf nach Maß u. s. w. ein bedingter ist, gelangt zu der Folgeruug, daß auch bei ihm der Satz der L. 8 pr. cit. gelte. Das Gegentheil besagt aber der Schluß der bereits (S. 187) angezogenen L. 2 Cod. de per. et comm. In dieser Stelle heißt es nämlich weiter:

Quum autem universum, quod in horreis erat positum, venisse sine mensura et claves emtoribus traditas allegas, post perfectam venditionem quod vino mutato damnum accidit, ad emtorem pertinet. Haec omnia locum habent non solum si vinum, sed etiam si oleum vel frumentum vei his similia venierint et ea aut deteriora aut penitus corrupta fuerint.

Unterstützend tritt zur Seite die Aeußerung von Gaius in L. 35 §. 7 de C. E.: omne periculum ad venditorem pertinere, und wenn auch der Jurist hier zunächst vom Genus-

7) Vgl. dagegen auch Windscheid, Pandekten §. 255 Note 18 und die dort Angeführten.

kauf spricht, so zeigt doch der Anschluß Sed et si, daß die Wirkung des admetiri hier dieselbe sei, wie in den unmittelbar voraufgehenden §§. 5 und 6. Thöl ist allerdings so folgerichtig, daß er beim Kauf nach Maß i. e. S. selbst gegenüber der L. 2 Cod. cit. die Gefahr der bloßen Verschlechterung dem Käufer zuweist. Allein die Beweiskraft dieser Gesetzstelle wird durch die Bedenklichkeit des argumentum a contrario keineswegs aufgehoben, und für Thöl's Ansicht spricht nichts als seine Auffassung der emtio ad mensuram, deren Stichhaltigkeit oben gewürdigt wurde.

---

Das Moment, von welchem beim Kauf nach Zahl, Maß und Gewicht der Uebergang der Gefahr oder nach dem Ausdruck der Quellen die Vollendung des Vertrags abhängt, wird verschieden bezeichnet, bald mit

1) admetiri adpendere adnumerare

für den Genuskauf:

Gaius in L. 35 §. 7 de C. E.: antequam admetiatur,

Paulus in L. 5 de peric.: donec admetiatur,

für den Kauf nach Maß:

Sabinus, Cassius und Gaius in L. 35 §. 5 de C. E.: quum adnumerata admensa adpensave sint,

bald mit

2) tradere

Paulus in L. 12 de peric.: si traditi essent emtori

und in L. 14 pr., §. 1 eod.: postquam tradita esset,

L. 2 Cod. de peric.: antequam tradantur.

Sollte unter den römischen Juristen über einen Punkt, der wohl täglich zur Erledigung kam, eine Meinungsverschiedenheit bestanden haben? Wir müssen diesen Gedanken um so mehr zurückweisen, als die verschiedenen Ausdrücke zum Theil von demselben Schriftsteller (Paulus) gebraucht werden; auch in L. 2 Cod. cit. wird ziemlich unzweideutig auf die gleiche Bedeutung beider Bezeichnungen hingewiesen. Es mag einst-

weilen dahin gestellt bleiben, wie der Gebrauch zweier an sich so verschiedener Ausdrücke für dasselbe Moment zu erklären sei. Vorerst wollen wir der Frage unsere Aufmerksamkeit zuwenden, worin denn das Zuzählen, Zumessen, Zuwägen bestehe. Ist es ein einseitiger Akt des Verkäufers? die bloße körperliche Thätigkeit der Ausscheidung? Kann sie der Verkäufer jederzeit vornehmen, sobald er will? Gehört dazu Mitwirkung des Käufers? oder wenigstens seine Kenntniß von der Vornahme des Akts? oder fällt das Ausscheiden mit der Lieferung zusammen?

Diese Zweifelsfragen tauchen namentlich bei derjenigen Geschäftsform auf, in welcher heutzutage der Genuskauf am häufigsten zur Erscheinung kommt, bei der Waarenbeziehung aus der Ferne. Beim Platzverkehr wird Abmessung und Lieferung meistens zusammentreffen.

Betrachten wir die Stellung, welche nach der Verabredung der Parteien dem Käufer bezüglich der Abmessung zukommt, so lassen sich drei Fälle unterscheiden.

1) Die Abmessung erfolgt in seiner Gegenwart. — Hier wird regelmäßig mit der Abmessung Besitz- und Eigenthumsübertragung verbunden sein. Ich sage regelmäßig, nicht nothwendig. Der Eigenthumsübergang kann ausgeschlossen sein, weil z. B. der Kaufpreis weder gezahlt noch creditirt ist.[8]) Immer fehlt er, wenn vom Käufer kein Besitz erworben wird. Allerdings ist auch ohne körperliche Anhandnahme der Waare durch den Käufer Besitzerwerb vermöge constitutum possessorium möglich, wenn nämlich gemäß ausdrücklicher oder stillschweigender Uebereinkunft der Verkäufer die Waare, welche der Käufer noch bei ihm lagern läßt, nunmehr Namens des Letzteren besitzt.[9]) Wir dürfen z. B. dies Verhältniß annehmen, wenn nach Inhalt des Vertrags der Käufer die Waare bei der Abmessung in Empfang nehmen sollte. Wo dagegen der Verkäufer die Waare dem Käufer in das Haus zu liefern hat, da kann in der Abmessung in Gegenwart des Käufers allein eine

8) §. 41 Inst. de rer. divis. 2, 1. Privatrechtl. Gesetzbuch des Kantons Zürich §§. 1442, 1443 mit §. 1430.

9) L. 18 pr. de adquir. poss. 41, 2; Privatr. Gesetzb. Note 8 §. 648.

Besitzübertragung so wenig gefunden werden, als wenn der Käufer im Keller des Verkäufers die Fässer aussucht, welche ihm geliefert werden sollen, oder im Holzlager des Verkäufers die Balken mit Rothstrich bezeichnet, welche nicht er abzuholen, sondern der Verkäufer ihm zu bringen hat.

Ueber diesen Punkt scheinen sich zwei Stellen unserer Rechtsquellen zu widersprechen:

Ulpianus in L. 1 §. 2 de peric. 18, 6:

Si dolium signatum sit ab emtore, Trebatius ait, traditum id videri. Labeo contra, quod et verum est; magis enim ne submutetur, signari solere, quam ut traditum videatur.

Paulus in L. 14 §. 1 eod.:

Videri autem trabes traditas, quas emtor signasset.

Versteht man die erste Stelle von dem Fall, da der Verkäufer die Waare dem Käufer zu überbringen hat, die zweite von dem Fall, wo der Käufer sie holen muß, so verschwindet aller Widerspruch und läßt sich am Ende auch die literarische Ehre des Trebatius retten.[10])

Wer noch weiter gehen und für jede Abmessung oder Ausscheidung ohne körperliche Ausantwortung die Bedeutung eines constitutum possessorium in Anspruch nehmen will, der muß auch beim Spezieskauf die Uebergabe der Sache zum Besitzerwerb wenigstens in allen denjenigen Fällen für überflüssig erklären, wo der Verkäufer dieselbe in Händen hat. Denn was durch die Auswahl oder Ausscheidung beim Genuskauf bezweckt wird, Individualisirung des Kaufgegenstands, das ist beim Spezieskauf von vornherein vorhanden. Unsere Gesetze verlangen zur Annahme eines constitutum possessorium ein Rechtsgeschäft, welches mit Deutlichkeit den Willen beider Parteien erkennen läßt, daß der Verkäufer fortan die Sache für den Käufer und nicht mehr für sich inne haben soll, z. B. Miethe

10) Eine andere Lösung des Widerspruchs versucht Heyer, Gießner Zeitschrift N. F. Bd. XV S. 28. Labeo soll den Fall im Auge haben, wo nicht aller Wein im Faß, sondern nur ein Theil gekauft ist. Dürfte dieser entscheidende Umstand so ganz mit Stillschweigen übergangen sein?

der gekauften Sache, Vorbehalt des Nießbrauchs beim Verkauf.[11])

2) Dieselben Wirkungen treten ein, wenn die Abmessung in Gegenwart eines Stellvertreters des Käufers stattfindet. Nur fällt hier immer Besitz- und Eigenthumsübergang weg, wenn der Stellvertreter blos zum Anwohnen bei der Abmessung und nicht zur Entgegennahme der Waare ermächtigt ist.

Es kann endlich

3) die Abmessung in Abwesenheit des Käufers oder eines Vertreters desselben geschehen. Dies wird bei der Waarenbeziehung aus der Ferne der regelmäßige Fall sein. Daß hier vorerst weder Besitz noch Eigenthum auf den Käufer übergeht, scheint mir zweifellos und die Unterstellung eines constitutum possessorium in diesem Fall, wie sie Bekker (in seinem Jahrbuch Bd. V S. 384 ff.) versucht, nicht möglich.

Wo nun Zumessung und Besitzübertragung zusammenfallen, da geht in diesem Zeitpunkt die Gefahr auf den Käufer über. Das ist unbestritten. Die Meinungen treten erst auseinander in Beurtheilung der Fälle, wo die Zumessung der Uebergabe vorhergeht. Um jedoch zu einer grundsätzlichen Lösung zu gelangen, muß die Frage in ihrem ganzen Umfang

---

11) Vgl. die in Note 9 angeführten Stellen und L. 77 de R. V. 6, 1, L. 28, L. 35 § 5 Cod. de donat. 8, 54. Nicht ganz unbedenklich ist der Schluß von L. 77 cit. Die Stelle lautet vollständig so:

Quaedam mulier fundum non marito donavit per epistolam et eundem fundum ab eo conduxit; posse defendi in rem ei competere, quasi per ipsam acquisierit possessionem veluti per colonam; proponebatur, quod etiam in eo agro qui donabatur fuisset, quum epistola emitteretur, quae res sufficiebat ad traditam possessionem, licet conductio non intervenisset.

Man beachte indeß. Das in Frage stehende Rechtsgeschäft ist eine Schenkung, Gegenstand derselben ein Grundstück, der Beschenkte abwesend und vielleicht keine Aussicht vorhanden, daß derselbe in der nächsten Zeit an den Ort, wo das Grundstück liegt, kommen werde. Berechtigen hier nicht die Umstände zu der Annahme, daß die Schenkerin das Grundstück sofort von der Schenkung an für den Beschenkten besitzen wolle? Auf keinen Fall dürfen wir aus dieser Entscheidung den im Text bekämpften allgemeinen Satz ableiten. Man vgl. auch Savigny, Besitz §. 27.

zur Untersuchung gestellt werden. Sie lautet bestimmter gefaßt so:

*Von welchem Zeitpunkt an trägt nach gemeinem Recht beim Genuskauf der Käufer die Gefahr in dem Sinne, daß er trotz zufälliger Vernichtung oder Beschädigung der Waare den Kaufpreis bezahlen muß.*

In der gemeinrechtlichen Theorie stehen sich zwei Hauptansichten gegenüber, welche ich mit den neuerdings vorgeschlagenen Ausdrücken *Individualisirungs-* und *Lieferungstheorie* bezeichnen will. Innerhalb der ersteren Theorie haben sich wiederum verschiedene Auffassungen herausgebildet. Ich will zunächst versuchen, diese Ansichten in Kürze zu zeichnen.

### A. Die Individualisirungstheorie

hat ihren Ausgangspunkt in dem Satz: Genus perire non censetur.[12]) So lange der Gegenstand nur generell bestimmt ist, lastet die Gefahr auf dem Verkäufer. Zum Uebergang derselben auf den Käufer bedarf es einer Ueberführung des Genuskaufs in einen Spezieskauf, oder, wenn sich Jemand an dieser Fassung stoßen sollte, bedarf es einer Individualisirung oder Spezialisirung des Leistungsgegenstands. Ob das Genus von größerem oder geringerem Umfange, ob es ein unbegrenztes oder begrenztes ist, bleibt für diesen Punkt gleichgültig.

Wodurch erfolgt nun die Individualisirung? Antwort: Durch die Ausscheidung mittelst Zumessens, Zuzählens oder Zuwägens. Von nun an wird nicht *ein* Faß Wein sondern *dieses* Faß Wein, nicht *eine* Ladung Kohlen sondern *diese* Ladung Kohlen, nicht *eine* Klafter Holz sondern *diese* Klafter Holz u. s. w. geschuldet.

Kann aber die Ausscheidung mit dieser Wirkung einseitig

---

12) Thöl §. 73 Note 11 verwahrt sich dagegen, daß er diesen (nicht quellenmäßigen) Satz auf den Genuskauf aus begrenztem Vorrath erstrecke. Wörtlich genommen paßt er auch hierauf nicht Aber nach den Grundsätzen des römischen Rechts, wie sie auch Thöl auffaßt, liegt, was den Anspruch auf den Kaufpreis anlangt, dieselbe Anschauung auch beim Genuskauf aus begrenztem Vorrath zu Grunde S. unten S. 204 ff.

der Verkäufer vornehmen, oder ist eine gewisse Betheiligung des Käufers nothwendig?

Von hier gehen nun die Meinungen innerhalb der Individualisirungstheorie auseinander.

1) Die meisten älteren Rechtslehrer[13]), unter den neueren Heyer (Gießner Zeitschr. N. F. Bd. XV Abh. 1 namentlich von Seite 26 an) und Fick (a. a. O. Bd. VIII S. 86—96) erklären die einseitige Auswahl durch den Verkäufer für genügend. Ihr Grund ist ungefähr folgender: Wofern der Verkäufer, wie regelmäßig, das Wahlrecht hat, muß der Käufer die gewählte Spezies, wenn sie nur die vertragsmäßigen Eigenschaften an sich trägt, als Erfüllung annehmen. Somit ist der Leistungsgegenstand individuell bestimmt, sobald der Verkäufer die Ausscheidung in dieser Absicht vorgenommen hat.

Veranschaulichen wir uns an einigen Beispielen, wie sich diese Ansicht in der Anwendung gestaltet. Ein Kaufmann hat sechs Tonnen Petroleum zu liefern. Er läßt dieselben abfüllen; bevor aber die Waare sein Lager verlassen hat, brennt das Magazin mit Inhalt ab. Der Käufer muß den Kaufpreis bezahlen, denn die Waare war zur Zeit des Untergangs bereits spezialisirt. — Ich habe bei einem Buchhändler Göthe's Werke bestellt. Der Buchhändler nimmt ein Exemplar von seinem Lager, verpackt und adressirt es, um mir dasselbe am nächsten Morgen zuzusenden. In der Nacht wird aber der Laden ausgeraubt und dabei das für mich bestimmte Werk mitgenommen. Sendet er mir seine Nota zu, so kann ich nach der angeführten Ansicht deren Berichtigung nicht weigern; denn die Waare war zur Zeit, als sie der Zufall betraf, spezialisirt.

Ob sich mit diesen Entscheidungen ein unbefangenes Rechtsgefühl befreunden kann, mag dem Urtheil jedes Einzelnen anheim gestellt bleiben. Es drängt sich bei Würdigung dieser Ansicht noch ein anderes Bedenken auf. Wann liegt denn die Ausscheidung, welche die Gefahr auf den Käufer wälzt, vor? Ist sie schon mit der bloßen körperlichen Trennung vollendet?

---

13) Genauere Literaturnachweise bei Thöl §. 74 Note 13 und Ihering a. a. O. S. 374 ff.

oder mit der Verpackung? der Signirung? der Uebergabe an den Frachtführer?

In dieser Richtung glauben einige Anhänger dieser Ansicht (Fick) dadurch helfen zu können, daß sie die Vollendung der Ausscheidung in die Absendung der Verkaufsrechnung (Factura) setzen. Allein damit wäre nur eine Norm für den Großhandel gewonnen; im Kleinverkehr (Holz-, Victualienverkauf) pflegen nur selten Verkaufsrechnungen ausgefertigt zu werden. Und selbst dort wäre es schwerlich gerechtfertigt, dem Verkäufer die Gefahr der Waare bis zum Empfang derselben durch den Käufer zuzuweisen, wenn die Ausfertigung der Factura aus Versehen unterbleiben sollte.

2) Andere Juristen verlangen zum Uebergang der Gefahr Kenntniß des Käufers von der getroffenen Wahl. Mit diesem Moment ist — so sagen sie — der Wille beider Theile auf dieselbe Spezies gerichtet, die Obligatio hierauf fixirt. Geschieht daher die Ausscheidung in Abwesenheit des Käufers, so muß ihm von der Vornahme dieses Akts Anzeige gemacht und darin die Waare so genau bezeichnet werden, daß sie daraus mit Bestimmtheit erkannt werden kann. Ganz folgerecht verlegt diese Ansicht das entscheidende Moment nicht in die Absendung, sondern in den Empfang der Anzeige durch den Käufer. So mit aller Bestimmtheit derjenige Schriftsteller, welcher zuerst diese Ansicht wissenschaftlich begründet hat, Thöl (Handelsrecht §. 74 Note 18). Wenn dagegen Brinkmann (Handelsrecht §. 73) den Uebergang der Gefahr schon an die Absendung der Ausscheidungsanzeige knüpft, so verläßt er damit den Boden der Thöl'schen Auffassung. Es wird sich unten zeigen, ob er damit nicht der Wahrheit näher kommt.

Gegen Thöl's Theorie erheben sich Bedenken vom principiellen und vom Zweckmäßigkeitsstandpunkt.

Man fragt vor Allem, warum die Umwandlung des Genuskaufs in einen Spezieskauf oder die Individualisirung gerade durch das Bewußtsein des Käufers von der erfolgten Ausscheidung bedingt sein soll. Schwebt dabei der Gedanke an einen neuen Vertrag zwischen Verkäufer und Käufer vor? Diese Auffassung würde zu entschieden unrichtigen Folgen führen.

Die Ausscheidungsanzeige würde danach ein Angebot enthalten, dem gegenüber der Käufer freie Entscheidung zwischen Annahme und Ablehnung hätte. Nun kann aber der Letztere die Gefahr nicht dadurch abwenden, daß er gegen die Wahl des Verkäufers sei es vor oder nach der Benachrichtigung von der getroffenen Ausscheidung Einsprache erhebt; er muß die vom Verkäufer auserlesene Waare annehmen, wenn sie anders vertragsmäßig ist. Der Käufer hat bezüglich der Auswahl eine rein passive Stellung. Darum ist auch die Bezeichnung „zweiseitige Ausscheidung" für den regelmäßigen Fall, wo dem Verkäufer die Wahl zusteht, unpassend.[14])

Es tritt ferner die Thöl'sche Ansicht wenigstens zum Theil mit unzweideutigen Rechtsgrundsätzen in Widerspruch. Die Ausscheidungsanzeige wird, wo überhaupt eine solche erfolgt, gemeinhin in der Waarenrechnung (Factura) bestehen. Nun pflegt dieselbe entweder unmittelbar nach der Uebergabe der Waare an den Frachtführer oder nur kurze Zeit vorher an den Käufer abgesendet zu werden. Waare und Factura werden mithin eine Zeit lang gleichzeitig unterwegs sein. Bis zur Ankunft der letzteren beim Käufer soll nach Thöl der Verkäufer die Gefahr tragen. Dagegen besteht eine in den neueren Gesetzen (deutsches Handelsgesetzbuch Art. 345, Zürcher privatr. Gesetzbuch §. 1444) anerkannte handelsrechtliche Uebung, wonach die von auswärts bestellte Waare auf Gefahr des Käufers reist.

Ferner, wenn die Anzeige in der Beförderung durch die Post verzögert wird oder gar verloren geht: soll darunter der Verkäufer leiden und der Uebergang der Gefahr auf den Käufer verhindert werden? Wie ist es überdies in den vielen

14) Auch Endemann, das deutsche Handelsrecht §. 110 Note 17—21 erkennt an, daß der Ausscheidungsavis nicht eine Vertragsofferte bilde, welche der Annahme durch den Käufer bedürfe. Wie er gleichwohl das Ausscheiden einen „zweiseitigen Akt" nennen kann, vermag ich nicht einzusehen. Dagegen vertheidigt Bekker in seinem Jahrbuch Bd. V S. 382 ff. den Charakter der Offerte und läßt erst mit der ausdrücklichen oder stillschweigenden Billigung der getroffenen Wahl von Seite des Käufers auf diesen die Gefahr übergehen.

Fällen des kleineren Verkehrs zu halten, wo eine Ausscheidungsanzeige nicht ausgefertigt zu werden pflegt?

Wir können nicht auffallend finden, daß Angesichts dieser und anderer Bedenken die Wissenschaft nach einer andern Lösung gesucht hat. Eine solche grundsätzlich abweichende ist aufgestellt und genauer ausgeführt worden von Jhering (in seinen Jahrbüchern Bd. IV Abh. 5 namentlich S. 418 ff.) in der von ihm selbst sogenannten

B. Lieferungstheorie.

Jhering findet den Grundfehler der Individualisirungstheorie in der Uebertragung der vom Spezieskauf geltenden Grundsätze auf den Genuskauf. Der letztere stehe unter ganz anderen Regeln hinsichtlich der Tragung der Gefahr; dies beweise z. B. die Bestimmung, daß der Verkäufer keinen Anspruch auf den Kaufpreis habe, wenn der gesammte Vorrath, woraus die gekaufte Waare geliefert werden sollte, untergegangen ist. Auch die Ansicht von der Umwandlung des Genuskaufs in einen Spezieskauf sei verwerflich; bei ersterem bleibe der Gegenstand generell bestimmt bis zur Erfüllung. Erst mit diesem Akte gehe die Gefahr auf den Käufer über. Man müsse nur das Wesen der Erfüllung richtig auffassen. Irrthümlich verlege man sie überall in die Uebergabe der Sache an den Käufer. Allein das Zusammenfallen von Erfüllung und Tradition sei nur häufig, nicht nothwendig. Erfüllt sei, sobald der Verkäufer dasjenige, was ihm nach dem Vertrag oblag, vollständig gethan. Diese Verpflichtung trete in drei verschiedenen Gestalten auf. Es könne verpflichtet sein:

1) der Verkäufer zum Bringen des Kaufgegenstands. Hier werde erfüllt durch die Tradition, die Leistung geschehe beim Käufer.

2) der Käufer zum Holen. Auch in diesem Fall erfolge die Erfüllung durch Tradition, aber beim Verkäufer. Endlich

3) der Verkäufer zum Schicken. Diese Verpflichtung sei zweideutig. Das Schicken könne die Stelle des Bringens, aber auch die des Holens vertreten. Im zweiten Fall liefere, wer sendet, bei sich, im ersten Fall bei dem Käufer. Da aber beim Kaufcontract die Verpflichtung regelmäßig auf Holen gehe, so

sei beim Schicken der Lieferungsort gemeinhin der Wohnort des Verkäufers. Erfüllt habe der Verkäufer in diesem Fall, wenn er alle die Handlungen vorgenommen, welche seinerseits erforderlich seien, damit die Waare an den Käufer gelange, d. h. mit der vollendeten Absendung. Von diesem Zeitpunkt an, aber auch erst von da an trage der Käufer die Gefahr.

Ihering faßt seine Theorie in folgendes Prinzip:

> Die Gefahr geht beim Genuskauf über mit der wirklichen oder durch mora des Gegners verhinderten Lieferung; die Lieferung aber gestaltet sich nach Verschiedenheit der Fälle zwar äußerlich und factisch verschieden, juristisch aber bestimmt sie sich immer darnach, ob und wann der Lieferer das, was ihm nach beiderseitiger Absicht zu thun oblag, gethan hat.

---

Es ist nicht zu verkennen, daß sich diese Lehre ebenso sehr durch Einfachheit und folgerichtige Durchführung, als durch praktische Brauchbarkeit auszeichnet. Sie hat auch schon in der Gesetzgebung Ausdruck gefunden. Zunächst im preußischen und österreichischen Civilrecht. Diese Gesetzgebungen knüpfen übrigens in allen Fällen des Kaufvertrags den Uebergang der Gefahr an die Uebergabe der Sache beim Spezies- wie beim Genuskauf. Unter Abwesenden erklären sie die Uebergabe für vollzogen, sobald die Sache dem Bevollmächtigten des Käufers ausgehändigt oder auf die Post gegeben oder dem Fuhrmann oder Schiffer überliefert ist. (Preuß. Landrecht Thl. I Tit. 11 §§. 128—130 mit §§. 95—102. — Oesterreich. bürgerl. Gesetzbuch §§. 1048—51, 1064.)

Auf die Gefahr bei der Uebersendung von Waaren beschränken den Grundsatz:

der Code de commerce Art. 100: **La marchandise sortie du magasin du vendeur ou de l'expéditeur voyage, s'il n'y a convention contraire, aux risques et périls de celui à qui elle appartient —**

das deutsche Handelsgesetzbuch Art. 345 Abs. 1:

> Nach Uebergabe der Waare an den Spediteur oder Frachtführer oder die sonst zum Transport der Waare bestimmte

Person trägt der Käufer die Gefahr, von welcher die Waare betroffen wird.

Mit alledem ist aber keineswegs entschieden, daß die von Ihering begründete Theorie auch die des gemeinen Rechts ist. Ich glaube dies vielmehr in Abrede stellen zu müssen. Zwar bin ich nicht in der Lage, meinen Widerspruch auf bestimmte Gesetzstellen stützen zu können; allein ich stehe darin nicht schlimmer da, als die Anhänger der einen oder andern Theorie, obwohl dieselben eine Reihe von Quellenzeugnissen für sich anrufen. Schon die Wahrnehmung, daß die verschiedenen Parteien auf dieselben Stellen Bezug nehmen, mag an deren Erheblichkeit Zweifel erregen. In der That sind alle diese Aussprüche beweisunkräftig, weil keiner von ihnen den Fall, wo allein der hier zur Frage stehende Punkt praktisch zur Geltung kommt, die Lieferung unter Entfernten mittelst Zusendung im Auge hat. Sämmtlichen Stellen liegen Kaufverträge zu Grunde, welche unter Gegenwärtigen zu erfüllen sind, wobei, um mit Ihering'schen Kunstausdrücken zu sprechen, die Verpflichtung auf Bringen oder Holen geht. Ich kann unmöglich an diesem Ort Stelle für Stelle nach dieser Richtung einer Prüfung unterziehen; ich muß auf das Urtheil jedes Auslegers abstellen, ob auch nur Eine Stelle mit Bestimmtheit auf einen Kaufvertrag gedeutet werden kann, wo der Verkäufer mittelst Zusendung zu liefern hat. Hierin liegt zugleich die Erklärung, warum in den Quellen zur Bezeichnung des Wendepunkts in der Tragung der Gefahr die Ausdrücke admetiri und tradere vermischt gebraucht werden; in den dort unterliegenden Fällen treffen Zumessen und Uebergabe zeitlich zusammen. Es hat daher die Ausscheidungstheorie so viel und so wenig Recht, in dem tradere nur einen anderen Ausdruck für admetiri zu finden, als die Lieferungstheorie für die entgegengesetzte Behauptung.

Aber ist es denn möglich, daß die Römer ein Geschäft nicht gekannt haben sollten, welches überall zu den täglichen Erscheinungen des Verkehrslebens zählt, und ohne das wir uns einen Handel von einiger Ausdehnung gar nicht denken können? Ich kann mir dies nur so erklären, daß entweder der Verkäufer die Sendung durch einen Sklaven begleiten ließ, oder

daß der Käufer einen Sklaven behufs der Empfangnahme zum Verkäufer sandte, oder daß die Uebergabe am Wohnorte des Verkäufers an einen Gastfreund [15]) des Käufers erfolgte.

Ich wende mich nunmehr zur Begründung meiner eignen Ansicht.

Ueberall wo für die Entscheidung einer Rechtsfrage besondere gesetzliche Vorschriften fehlen, ist auf die allgemeineren Grundlagen der einschlagenden Lehre zurückzugehen und aus den dieselbe beherrschenden Grundgedanken die Lösung zu erholen.

Vorliegend steht die Vertheilung der Gefahr beim Genuskauf zur Frage Wir finden nun für die andere Form des Kaufvertrags, den Spezieskauf, im römischen Recht die klare unbestrittene Bestimmung, daß der Kaufgegenstand schon vom Augenblick der vollendeten Uebereinkunft an auf Gefahr des Käufers steht. Das ist gewiß nicht die natürlichste und nächstliegende Ordnung des Verhältnisses; der Käufer soll die Gefahr der Sache tragen, bevor er Besitzer oder Eigenthümer ist, er soll aus einer gegenseitigen Obligatio zur vollen Leistung verpflichtet bleiben, obwohl er vom Gegentheil nichts oder Schlechteres als ihm zugesichert bekommt. Wir fragen darum: welche Anschauung liegt dieser Regelung zu Grunde?

Schon Andere haben sich an der Lösung dieser Frage versucht. Wächter (Archiv für civil. Praxis Bd. XV S. 189 ff.) erklärt den Satz daraus, daß nur des Verkäufers Leistung unmöglich geworden sei, nur ihm stehe der Naturſatz: Impossibilium nulla obligatio befreiend zur Seite, nicht dem Käufer. Mit Recht ist dagegen erinnert worden, daß sich dies nur schlecht mit der synallagmatischen Natur des Kaufgeschäfts reime, und daß beim Miethcontract das Gegentheil gelte. Mommsen (Unmöglichkeit der Erfüllung S. 349 — vgl. auch dortselbst genauere Literaturnachweise S. 347 Note 13—15) nimmt bei zufälliger Unmöglichkeit der Leistung Fiction der Erfüllung an.

---

15) Mommsen, römische Forschungen Bd. I S. 353: „Es liegt nahe, daß, wer ein Geschäft im Ausland zu besorgen hat und nicht persönlich dorthin sich begeben will, dasselbe dem Gastfreund überträgt, und es war dies im Alterthum gewöhnlich."

Dagegen hat Jhering (in seinen Jahrbüchern Bd. III S. 462) gewiß mit Grund bemerkt, daß darin keine Erklärung, sondern nur ein anderer Ausdruck des zu erklärenden Satzes liege. Nach dem letztgenannten Schriftsteller soll das römische Recht bei Aufstellung des fraglichen Grundsatzes von der Erwägung geleitet worden sein, daß beim Spezieskauf in der Mehrzahl der Fälle den Käufer die Schuld treffe, daß die Erfüllung von Seite des Verkäufers dem Geschäftsabschlusse nicht auf dem Fuße folgt. Diese regelmäßige Erscheinung sei aus Zweckmäßigkeitsgründen, d. h. zur Abschneidung schwieriger prozessualischer Untersuchungen als ausnahmslose Gestalt der Sache bei der gesetzlichen Regelung dieses Punkts zu Grunde gelegt und demnach von der Vertragsvollendung an die Gefahr dem Käufer überwiesen worden. Eine wahre Härte für den Käufer liege darin nicht, da die ganze Vorschrift nur ergänzenden (dispositiven) Charakter habe. — Also auch Jhering unterstellt eine Fiction, mittelst deren sich das Recht über eine nicht geringe Zahl abweichender Fälle hinweggesetzt haben soll.

Trotz so vielem Scharfsinn kein befriedigendes Ergebniß das scheint darauf hinzuweisen, daß man sich bisher in einer falschen Richtung abgemüht hat, und dieser Meinung bin ich auch. Ich kann überall nur ein praktisches, ein Billigkeitsmotiv ersehen, welches, wie schon von Andern hervorgehoben,[16]) folgendes ist.

Nach geschlossenem Vertrag behält zwar der Verkäufer bis zur Uebergabe der Sache vom Standpunkt der dinglichen Berechtigung aus noch das volle Verfügungsrecht. Will er aber seiner obligatorischen Verbindlichkeit getreu nachkommen, so muß er sich jetzt schon jeder weiteren Veräußerung der Sache enthalten, es sind ihm vom Abschluß des Kaufs an „die Hände gebunden." Die Veräußerung der Sache bildet aber gerade für den Eigenthümer ein Mittel, um den schädlichen Zufall, Untergang oder Verschlechterung der Sache von sich abzulenken, wie im römischen Recht mehrfach anerkannt ist.[17]) Es ver-

16) Wächter a. a. O. S. 197, Jhering a. a. O. Bd III S. 465.

17) L. 14 §. 11 i. f. quod metus c. 4, 2: Itaque interdum hominis mortui pretium recipit, qui eum venditurus fuit, si vim passus

langt daher die Billigkeit, daß der Schaden, welcher die verkaufte Sache in der Zwischenzeit trifft, von demjenigen getragen werde, in dessen Interesse sie der Verkäufer liegen lassen muß, das ist der Käufer.[18]) Im einzelnen Fall die Entscheidung zu Gunsten des Verkäufers von dem Nachweis der Veräußerungsabsicht und Veräußerungsgelegenheit abhängig zu machen, verboten hier wie anderwärts[19]) nahe liegende praktische Erwägungen — allerdings auch eine Fiction, die aber gewiß wenig Bedenkliches hat.

Daß nach dem angegebenen Gesichtspunkt beim Genuskauf aus unbegrenztem Vorrath die Gefahr vorerst den Käufer nicht treffen kann, leuchtet sofort ein; der Verkäufer ist hinsichtlich des zu leistenden Individuums noch gar nicht gebunden, er kann es jedem Vorrath entnehmen, welcher die vertragsmäßigen Eigenschaften hat.

Nicht so frei ist seine Stellung bei einem Genuskauf aus begrenztem Vorrath. Hier muß er sich wenigstens bis auf den verkauften Betrag der Veräußerung enthalten, und es wäre daher folgerichtig, beim zufälligen Untergang des ganzen Vorraths dem Verkäufer ebensowohl den Anspruch auf den Kaufpreis zuzuerkennen wie beim Spezieskauf. Indeß trifft diese Bemerkung doch nur dann vollkommen zu, wenn die Parteien von der Ansicht ausgehen, daß der Vorrath, woraus verkauft

---

non esset. L. 20 §. ult. i. f., L. 40 de H. P. 5, 3. L 15 §. 8. de R V. 6, 1. L. 47 §. ult. de leg I Auch L. 12 §. 4 ad exhib. 10, 4 ist wohl auf diese Anschauung zurückzuführen.

18) Die im Text gegebene Begründung paßt allerdings nur auf die venditio rei suae. Allein dieser Fall bildet beim Spezieskauf so sehr die überwiegende Regel, daß man ihn füglich bei Ordnung der Gefahrlast zum ausschließlichen Ausgangspunkt nehmen konnte.

19) Nur in einem verwandten Fall wird auf den Beweis der Verkaufsabsicht abgestellt. L. 5 §. 3, 4 de condict. c. d. 12, 4. — Ferner steht dem bösgläubigen Besitzer und dem in Verzug befindlichen Schuldner wenigstens der Gegenbeweis offen, daß der Berechtigte auch bei rechtzeitiger Ueberlieferung die Sache nicht veräußert haben würde. Das Gesetz stellt also hier nur eine (einfache) Vermuthung, keine Fiction auf. Vgl. dazu Windscheid, Pandekten §. 124 Note 9 und die Berichtigung in §. 280 Note 15.

wurde, bis zur getroffenen Auswahl unverändert bleiben soll. Denkt man sich dagegen das Genus als ein dem steten Wechsel, Ausscheidung und Erneuerung, unterworfenes Waarenlager, wie es bei kaufmännischem Verkehr die Regel bildet, so liegt kein Grund vor, diesen Genusverkäufer dem Speziesverkäufer in der Gefahrfrage gleich zu behandeln. Vielleicht ist dies der Grund, warum das römische Recht durchgreifend die obige Folge abgelehnt[20]) und bei den beiden Arten des Genuskaufs die Gefahr dem Verkäufer zugewiesen hat. Daraus würde sich auch erklären, warum die Römer bei der generischen Obligation im Gegensatz zur alternativen die einzelnen zum bezeichneten Genus gehörigen Stücke nicht als von vornherein in obligatione befindlich angesehen haben.[21])

Welchen Grund übrigens das römische Recht für die letztangeführte Entscheidung gehabt haben mag, soviel steht fest: von dem Zeitpunkte an, wo die Leistungspflicht auf einen individuellen Gegenstand fixirt ist, besteht beim Genuskauf jeder Art für den Verkäufer dieselbe Gebundenheit, wie beim Speziskauf sofort nach dem Vertragsabschluß; der Verkäufer verletzt seine obligatorische Verbindlichkeit, wenn er jetzt noch über diese Waare anderweit verfügt. Darum muß ihm aber auch von diesem Momente an die günstigere Stellung des Speziesverkäufers hinsichtlich der Tragung der Gefahr zukommen. Mit andern Worten: die Gefahr geht beim Genuskauf mit der — rechtlich bindenden — Individualisirung des Leistungsgegenstands auf den Käufer über.

Ich bekenne mich also zunächst zur Individualisirungstheorie. Sofort tritt die weitere Frage heran: Wodurch erfolgt die Fixirung der ursprünglich generellen Leistungspflicht auf eine Spezies?

20) Ganz hat es sich derselben nicht verschlossen; wenn der ganze Vorrath während des Verzugs des Käufers zu Grunde geht, so trifft der Schaden bezüglich der verkauften Partie — von unredlicher Absicht und grober Fahrlässigkeit des Verkäufers abgesehen — den Käufer. L. 5 de peric. et comm. 18, 6. L. 2 C. eod. tit. 4, 48.

21) Eine Folgerung hieraus in L. 67 de solut. 46, 3 und über die widerstreitende L. 66 §. 3 de leg. II (31). Bekker a. a. O. S. 371 ff. Vgl. auch Windscheid, Pand. §. 255 Note 21.

Ich antworte darauf mit zwei anderen Fragen: Wer hat das Wahlrecht? Wie wird dasselbe ausgeübt?

In dieser Beziehung ist zu unterscheiden:

1) Die Wahl kann dem Käufer überlassen sein. Dann geht die Gefahr auf ihn über, sobald er dem Verkäufer gegenüber zu erkennen gegeben hat, welche Spezies er geliefert haben will, sobald er also im Holzmagazine des Verkäufers die Balken oder Klafter, in dessen Waarenlager die Säcke Kaffee, die Ballen Baumwolle, die Oelfässer u. s. w. bezeichnet hat, welche ihm geliefert werden sollen. Denn in diesen Handlungen liegt eine endgültige Ausübung des Wahlrechts. Das werden auf Grund von L. 27 §. 6 de pactis 2, 14 und L. 25 pr. de pecun. const. 13, 5 selbst diejenigen anerkennen, welche der einseitigen Erklärung des Wahlberechtigten die Wirkung einer Verwandlung der Wahlobligation in eine einfache nicht beimessen. Die oben berührte schwierige Untersuchung, ob in dem Aussuchen, Bezeichnen u. s. w. eine Besitzübertragung liege, bleibt sonach für unsere Frage ohne Bedeutung, und daraus erhellt die Abweichung der hier vertretenen Ansicht im praktischen Ergebniß von der Jhering'schen Theorie. Die bloße Bezeichnung des Leistungsgegenstands durch den wahlberechtigten Käufer bildet an sich keine Erfüllung der dem Verkäufer obliegenden Pflicht, sie kann daher nach Jhering die Tragung der Gefahr nicht verrücken.

Im Fall des Verzugs des Käufers tritt jedenfalls die in Note 20 bezeichnete Folge ein. Ob dadurch das Wahlrecht auf den Verkäufer übergehe, ist zweifelhaft. Nach Analogie des für alternative Obligationen geltenden Grundsatzes[22]) ist man geneigt, der verneinenden Ansicht beizutreten; das Gegentheil wird als allgemeine Regel durch L. 1 §. 4 de peric. et comm. nicht gerechtfertigt. Indeß werden wir den Verkäufer nicht verpflichten wollen, den Vorrath liegen zu lassen, bis es dem Käufer beliebt, die Wahl zu treffen; es wird vielmehr dem Verkäufer die Befugniß zuzusprechen sein, den Vorrath bis auf den an den säumigen Käufer veräußerten Betrag zu verkaufen, wo-

22) Vgl. Wächter, Erörterungen III S. 117 Note 64.

durch thatsächlich das Wahlrecht vom Verkäufer ausgeübt wird. Gewiß wird diese Befugniß nach neuerem Handelsrecht einem Bedenken nicht unterliegen, da dasselbe dem Verkäufer für den Fall des Verzugs des Käufers im Empfang der Waare das Recht gibt, die verkaufte Waare weiter zu veräußern unter Behaftung des Käufers für den etwaigen Mindererlös (D. H. G. B. Art. 343 Abs. 2).

2) Die Wahl steht dem Verkäufer zu, wie immer beim Mangel einer entgegengesetzten Uebereinkunft (L. 32 §. 3 de condict. indeb. 12, 6, L. 52 pr. mand. 17, 1, L. 99 pr. de V. O. 45, 1).[23]) Damit ist nicht gesagt, daß er dieselbe zu jeder Zeit vornehmen kann; das bestimmt sich vielmehr nach folgenden Gesichtspunkten:

a) Ist nach dem Vertrag der Käufer berechtigt, der Ausscheidung beizuwohnen, so hat die Vornahme dieses Akts in Abwesenheit des Käufers keine Wirkung, außer wenn dieser durch Ausbleiben im verabredeten Termin den Verzicht auf die Beiwohnung ausgesprochen hat. Stillschweigend ist dem Käufer die Gegenwart beim Zuzählen, Zumessen oder Zuwägen ausbedungen, wenn entweder der Verkäufer die Sache dem Käufer zu bringen oder der Käufer sie beim Verkäufer zu holen hat. Die rechtlich wirksame Individualisirung geschieht hier erst mit der Uebergabe an den Käufer oder dessen Stellvertreter. Der Jhering'sche Kellner kann die Flasche Wein, bevor er sie dem bestellenden Gast auf den Tisch gestellt hat, beliebig wechseln, ohne daß dieser hiegegen rechtlich einen Einspruch zu erheben vermag. Weil aber eine vorgängige Wahl den Verkäufer nicht bindet, so kann auch dadurch nicht die Gefahr auf den Käufer gewälzt werden.

Für die Fälle des Holens und Bringens, wenn das Wahlrecht dem Verkäufer zusteht, treffe ich im Ergebniß mit Jhering's Theorie zusammen.

---

23) Mit Unrecht verneint bei Seuffert, Archiv Bd. XVI Nr. 42. Die dort angezogenen L. 60 de C. E. 18, 1 und L. 54 §. 1 de A. E.V. 19, 1 beweisen den im Text aufgestellten Satz allerdings nicht. Dafür spricht aber außer den oben citirten directen Quellenzeugnissen auch die analoge Entscheidung für die alternative Obligation in L. 34 §. 6 de C. E. 18, 1.

b) Wenn der Käufer auf seine Gegenwart bei der Ausscheidung verzichtet hat, wie es beim Waarenbezug aus der Ferne (Distancekauf) regelmäßig der Fall sein wird, so kann der Verkäufer dieselbe vornehmen, wann er will. Indeß knüpft sich nach dem hier angenommenen leitenden Gesichtspunkt der Uebergang der Gefahr an die Ausscheidung nur dann, wenn sie eine endgültige Ausübung des Wahlrechts enthält. So lange der Verkäufer nicht etwa blos die thatsächliche Möglichkeit hat, die Wahl zu ändern, sondern hiezu rechtlich befugt ist, liegt noch keine Individualisirung des Leistungsgegenstands in unserm Sinne oder Fixirung der Leistungspflicht auf eine Spezies vor. Es hängt demnach Alles von der Entscheidung der Frage ab: Wodurch wird die Wahlobligation in eine einfache verwandelt, oder wann ist das Wahlrecht unveränderlich ausgeübt?

Damit berühren wir eine in neuerer Zeit wieder lebhaft besprochene Streitfrage. Die herrschende Meinung geht noch dahin, daß die einseitige Erklärung des Wahlberechtigten keinen Aufbrauch des Wahlrechts enthalte, ausgenommen, wenn dies in dem die Obligatio begründenden Rechtsgeschäft bestimmt worden ist.[24]) Man stellt allerdings meistens diese Behauptung zunächst nur für alternative Obligationen auf; wegen Gleichheit des Grundes muß dasselbe für generische Obligationen gelten.

Ich habe mich nie von der Richtigkeit dieser Meinung überzeugen können und halte das strenge Gericht, welches

---

24) Vgl. über die desfallsige Literatur die Nachweise bei Windscheid, Pand. §. 255 Note 9 (für alternative Obligationen) und Note 20 (für die generischen). Dieser Schriftsteller selbst drückt sich wörtlich so aus: „Durch eine einseitige und nicht in bindender Absicht abgegebene Erklärung des wahlberechtigten Schuldners oder Gläubigers tritt die Concentration an und für sich nicht . . . ein." Mit dieser Fassung können sich auch die Gegner der herrschenden Meinung einverstanden erklären; denn daß nicht jede beiläufige Aeußerung des Wahlberechtigten eine endgültige Ausübung des Wahlrechts bilde, ist z. B. von Demelius (Zeitschrift für Civilrecht und Prozeß N F. Bd. XVIII Abh. 2 S. 36 ff.) nachdrücklich betont worden.

Ihering (in seinen Jahrbüchern Bd. I S. 31 ff.) darüber hat ergehen lassen, für vollkommen gerechtfertigt. Wenn nicht nach römischem, muß wenigstens vom Standpunkt des heutigen Rechts anerkannt werden, daß das Wahlrecht aufgebraucht ist, sobald der Wahlberechtigte die von ihm getroffene Entscheidung dem Mitbetheiligten gegenüber kund gegeben hat. Die Gründe dieser Ansicht genauer zu entwickeln, würde mich zu weit führen, und ist um so weniger nothwendig, als dieselben in der (Not. 20) angeführten Abhandlung von Demelius eine befriedigende Darstellung gefunden haben.[25])

Wenden wir nun diesen Satz auf die uns vorliegende Frage an, so gelangen wir zu folgendem Ergebniß. Es bindet den Verkäufer weder die körperliche Abscheidung eines entsprechenden Quantums aus dem bezeichneten Genus, noch die Verpackung oder Signirung der abgeschiedenen Waare, auch nicht die Ausfertigung der Factura. Das sind Vorgänge, welche gewissermaßen das Innere des Hauses nicht überschreiten und darum noch nicht der Außenwelt angehören, es sind noch keine „Aeußerungen"; sie stehen noch ganz auf dem Willen des Verkäufers, er kann sie beliebig rückgängig machen, ohne selbst vom strengsten Beurtheiler den begründeten Vorwurf der Unredlichkeit oder Pflichtverletzung befahren zu müssen. Sein Entschluß, die körperlich ausgeschiedene Waare zum Leistungsgegenstand zu erheben, wird erst vollendet durch die Kundgebung dieses Willens nach außen und zwar in der Richtung gegen den Käufer. Diese Erklärung muß eine ähnliche Beschaffenheit haben wie Angebot und Annahme bei Vertragsschlüssen. Wenn A mir sein Haus um bestimmten Preis zum Kauf angeboten hat, so ist es ganz unverbindlich für mich, wenn ich einen Annahmebrief schreibe, aber auf dem Pult liegen lasse, oder wenn ich gegen einen Freund äußere, daß ich das Haus unter den gestellten Bedingungen kaufe. Gebunden bin ich erst, wenn ich diesen Entschluß entweder dem Anbietenden gegenüber unmittelbar ausgesprochen habe oder gegen Dritte, um ihn dem Anbietenden zur Kennt-

25) Vgl. auch Sintenis, Praktisches gemeines Civilrecht Bd. II §. 83 Note 53 der zweiten Auflage.

niß zu bringen; denn nur dann ist mein ernster Wille ersichtlich, in das vorgeschlagene Vertragsverhältniß zu treten. Indeß besteht zwischen einer Annahmeerklärung und der Entscheidung bei Wahlobligationen der wichtige Unterschied, daß die verbindliche Wirkung der Erklärung dort erst mit der Kenntnißnahme durch den Antragsteller eintritt, hier schon mit der Abgabe derselben.[26]) Mit andern Worten: die bindende Ausübung des Wahlrechts ist in den Fällen des Genuskaufs, wo der Käufer auf jede Mitwirkung bei der Ausscheidung verzichtet hat, nicht durch das gegenseitige Bewußtsein von der erfolgten Wahl bedingt, sie ist ein wesentlich einseitiger Akt, insofern der Erfüllung einer auf den Willen des Verkäufers gestellten Bedingung vergleichbar.

Halten wir die beiden Sätze fest, daß das Wahlrecht einerseits nur durch die Kundgebung der getroffenen Wahl in der Richtung gegen den Käufer, andererseits aber schon durch diese einseitige Thätigkeit ausgeübt wird, so ersehen wir, daß die Individualisirung des Leistungsgegenstands in dem hier zur Frage stehenden Fall — Waarenbeziehung aus der Ferne mit Ausscheidung der Waare in Abwesenheit des Käufers — in doppelter Weise sich verwirklichen kann:

aa) durch Absendung einer Anzeige von der geschehenen Ausscheidung an den Käufer. Damit bekundet der Verkäufer seinen Willen, daß die von ihm ausgewählte Waare den Leistungsgegenstand bilden solle, er erklärt ihn gegenüber dem Käufer, er hat sein Wahlrecht damit endgültig ausgeübt. Von diesem Moment an ist die Leistungspflicht auf die gewählte Waare fixirt, und darum trägt von da an der Käufer die Gefahr, gleichviel wo die Waare sich befindet, ob noch auf dem Lager des Verkäufers oder in den Händen des Frachtführers. Der Wendepunkt tritt nach unserer Ansicht schon mit der Abgabe des Avisbriefs an die Post oder den Boten ein, nicht erst mit dem Empfang und der Kenntniß-

26) Die Erfordernisse der Willenserklärungen bei Verträgen habe ich in einer größeren Abhandlung zu entwickeln versucht, welche ich demnächst dem juristischen Publikum vorlegen zu können hoffe.

nahme des Käufers. Schon darin weichen wir von Thöl ab und stimmen mit Brinkmann. Ferner ist eine genaue, die Erkennbarkeit ermöglichende Beschreibung der ausgeschiedenen Waare kein Erforderniß für den Gefahrübergang, sondern nur eine Erleichterung des Beweises der Identität für den Fall des Untergangs, daher im wohlverstandenen Interesse des Verkäufers gelegen; es liegt aber kein Grund vor, den Verkäufer auf dieses Beweismittel zu beschränken.

Wo aber eine solche Anzeige unterbleibt — und, wie schon früher bemerkt, wird dies im Kleinverkehr die Regel bilden — da vollendet sich die (den Gefahrübergang bestimmende) Ausübung des Wahlrechts

bb) durch die Uebergabe der zur Erfüllung des Vertrags bestimmten Waare an den Spediteur oder Frachtführer (Post, Eisenbahn, Schiffer, Boten). Sie ist auch entscheidend, wenn die Ausfertigung des Avisbriefs erst nachfolgen sollte. Mit dem Herausgeben der Waare behufs Ueberlieferung an den Käufer beurkundet der Verkäufer in der bestimmtesten Weise, daß diese Waare Leistungsgegenstand sein soll. Wir brauchen mithin zur Anknüpfung des Gefahrübergangs an diesen Akt nicht zu der unjuristischen Annahme unsere Zuflucht zu nehmen, daß durch die Uebergabe an den Spediteur oder Frachtführer der Käufer immer Besitzer oder Eigenthümer mittelst Stellvertretung werde.[27]) Es kann uns ferner nicht irren, daß vermöge seines rechtlichen Verhältnisses zum Verkäufer der Frachtführer die Waare auf Verlangen des Ersteren diesem zurückgeben muß, wenn sie dem Käufer noch nicht behändigt ist. Denn der Verkäufer verletzt damit seine obligatorische Verpflichtung gegenüber dem Käufer, und dieser ist befugt, auf Herausgabe der ursprünglich dem Frachtführer übergebenen Waare zu dringen und die Annahme einer anderen zu verweigern, wofern er überhaupt ein rechtlich anzuerkennendes Interesse dafür nachweisen kann. Es würde geradezu allem Recht und aller Billigkeit widerstreiten, wenn der Verkäufer noch seinen Entschluß ändern könnte, nachdem die

27) Man vgl. dagegen auch das Zürcher privatr. Gesetzbuch §. 649.

erst gewählte Waare vielleicht schon zum größten Theil die Reise auf Gefahr des Käufers gemacht hat, wenn er befugt wäre, eine zweite, dritte, vierte u. s. w. Sendung auf Gefahr des Käufers abgehen zu lassen (vgl. oben S. 198). Es trifft auch unsere Ansicht nicht der Einwurf, welchen Thöl (Handelsr. §. 74 bei Note 14 und 15) der Theorie der einseitigen Ausscheidung macht, daß der Verkäufer die Wahl beliebig rückgängig machen und dadurch den Vortheil sich, den Nachtheil dem Käufer zubringen könne. Nicht einmal wegen des Beweises ist die Stellung des Käufers wesentlich nachtheiliger; der Avisbrief im Fall ad aa), die Aussage des Frachtführers im Fall ad bb) geben genügende Beweisbehelfe gegen den Verkäufer an die Hand.

---

Ich fasse meine Ansicht in folgenden Ueberblick zusammen:

Der Uebergang der Gefahr ist beim Genuskauf bedingt durch die Individualisirung des Leistungsgegenstands. Dieselbe erfolgt:

1) mittelst Vornahme der Auswahl durch den Käufer und Ausscheidung in seiner Gegenwart, wenn dies ausdrücklich oder stillschweigend bedungen ist. Geht der Inhalt des Vertrags dahin, daß entweder der Verkäufer die Sache dem Käufer zu bringen oder der Käufer sie beim Verkäufer zu holen hat, so tritt die Individualisirung erst mit der Uebergabe der Sache an den Käufer ein.
2) Wo der Verkäufer die Waare dem Käufer zusenden soll in dem Sinn, daß als Lieferungsort der Wohnort des Verkäufers gilt, da wird die Individualisirung bewirkt
   a) durch die Absendung einer Nachricht von der geschehenen Ausscheidung an den Käufer,

   in deren Ermanglung
   b) durch Uebergabe der Waare an den Spediteur oder Frachtführer behufs Ueberlieferung an den Käufer.
3) In allen Fällen bleibt besondere Uebereinkunft der Parteien vorbehalten.

---

Man hat uns schon lange gesagt, daß das corpus juris civilis in seiner formalen Geltung bald in allen deutschen Ländern verdrängt sein werde, und nach dem Gang der Gesetzgebung in den letzten Jahrzehnten sowie nach der herrschenden Strömung dürfte sich diese Voraussage in nicht zu ferner Zukunft erfüllen. Wie wenig aber damit die tiefere Erfassung des römischen Rechts selbst für die unmittelbare Anwendung des Partikularrechts an Bedeutung verliert, für diesen schon vielfach aufgestellten, von Seite der Praktiker nicht immer genügend beherzigten Satz mag die vorwürfige Frage einen neuen Beleg bilden.

Einige neuere Gesetzgebungen haben die Grundsätze des römischen Rechts über die Gefahr beim Kaufvertrag vollständig aufgenommen. Dahin gehört das bürgerliche Gesetzbuch für das Königreich Sachsen, in Kraft seit 1. März 1865 (vgl. Verordnung vom 9. Januar 1865, abgedruckt in Siebenhaar's Ausgabe dieses Gesetzbuchs, 2. Aufl. S. 494 ff.); die desfallsigen Bestimmungen finden sich in den §§. 1091, 866—869, 1085. Es gehört ferner dahin das privatrechtliche Gesetzbuch für den Kanton Zürich (erlassen in den Jahren 1854 bis 1856), dem hier vielleicht noch eine kurze Betrachtung gewidmet werden darf.

Im Schooße der Commission, welche mit der Berathung dieses Gesetzbuches beauftragt war, hatten in der Frage über die Regelung der Gefahr beim Kaufvertrag zwei Prinzipien Vertretung gefunden. Der Entwurf (Redaktor Geheimrath Bluntschli) wollte im Anschluß an das preußische und österreichische Recht (s. oben S. 200) den Uebergang der Gefahr an die Uebergabe der Sache knüpfen. Eine andere Ansicht erklärte sich für die Grundsätze des römischen Rechts. Letztere hat im Ganzen obgesiegt, wie sich aus den nachstehenden im geltenden Gesetzbuch enthaltenen Vorschriften ergibt:

§. 1437. Sind vertretbare Sachen nach Zahl, Maß oder Gewicht verkauft worden, so hat der Verkäufer bis zu erfolgter Zuzählung, Zumessung oder Zuwägung die Gefahr zu tragen, von da an der Käufer.

§. 1438. Ist eine individuelle Sache (Spezies) Ge-

genstand des Kaufvertrags, so geht die Gefahr auf den Käufer über, sobald der Kaufvertrag vollendet (perfect) erscheint und die Sache so zur Verfügung des Käufers steht, daß dieser sie beliebig zur Hand nehmen kann. Bis zu diesem Zeitpunkte dagegen trägt der Verkäufer die Gefahr.

§. 1439. Ist eine Masse von Sachen in Bausch und Bogen verkauft worden, so ist dieselbe mit Rücksicht auf die Gefahr wie eine Spezies zu behandeln.

Nehmen wir den gesperrt gedruckten Beisatz in §. 1438 aus: „und die Sache so zur Verfügung des Käufers steht u. s. w." — eine Beschränkung von zweifelhaftem praktischem Werth [28]) —, so finden wir in den ausgehobenen §§. die Grundsätze des römischen Rechts wieder gegeben. Da ich auf die Annahme der Uebereinstimmung meine späteren besonderen Schlußfolgerungen bauen werde, so sei es mir verstattet, sofort auf diese Behauptung genauer einzutreten.

Auf den ersten Blick könnten folgende Wahrnehmungen Bedenken erregen:

1) Das römische Recht macht beim Kauf von Waaren nach Zahl, Maß oder Gewicht von der Zuzählung u. s. w. die Vollendung des Vertrags abhängig, der §. 1437 des privatr. G. B. nur den Uebergang der Gefahr. Daß hierin blos eine Verschiedenheit des Ausdrucks liegt, wurde oben (S. 187 ff.) bemerkt.

2) Gemeinrechtlich gelten die besonderen Grundsätze über die Tragung der Gefahr für jeden Kauf nach Zahl, Maß oder Gewicht ohne Unterschied, ob die verkauften Sachen zu den vertretbaren oder nichtvertretbaren gehören. Darum kann selbst der Kaufvertrag über ein Grundstück darunter fallen, z. B. Verschaffung eines Bauplatzes von x □' an der Hauptstraße Sommerseite, oder Kauf eines bestimmten Platzes mit Festsetzung des Preises nach dem Flächeninhalt (□' zu so und so viel).[29])

---

28) Steht die Sache zur Verfügung des Käufers, so lange sie auf dem Wasser schwimmt oder auf dem Landtransport sich befindet?

29) L. 40 §. 2 de C. E. 18, 1. L. 10 §. 1 de peric. et comm. 18, 6.

Dagegen spricht der §. 1437 nur von vertretbaren Sachen.[30]) Es ist indeß höchst unwahrscheinlich, daß damit eine Beschränkung auf diese Gattung von Sachen hat festgestellt werden wollen. Pferde zählen z. B. gewiß zu den nichtvertretbaren Sachen; sollte nun ein Vertrag „über die Lieferung von 100 Stück militärtauglicher Pferde, fünf bis acht Jahre alt, norddeutscher Race" dem §. 1437 nicht unterliegen? nicht die beiden vorhin erwähnten Verträge über Grundstücke? Vom Standpunkt der Uebereinstimmung mit dem gemeinen Recht läßt die Fassung des fraglichen §. eine doppelte Erklärung zu. Entweder es schwebte dabei nur die häufigste Erscheinungsform des Kaufs nach Maß u. s. w. vor, und das ist allerdings der Kauf von vertretbaren Sachen.[31]) Oder es liegt eine Verwechslung von Vertretbarkeit und generischer Bezeichnung zu Grunde, welche auch in der Doktrin nicht selten begegnet. Jene beruht auf der allgemeinen im Verkehr vorherrschenden Behandlung einer Gattung von Sachen und deutet mithin eine objective Eigenschaft der Sache an; diese bezieht sich nur auf die subjective Behandlung von Sachen in einem bestimmten Falle.[32])

Nach dem Ausgeführten ist wohl kein Zweifel, daß in den Grundzügen das privatrechtliche Gesetzbuch die Gefahrfrage im Sinne des römischen Rechts entschieden hat. Die Uebereinstimmung erstreckt sich sogar auf die Schwächen im Wortlaut

---

30) Besser ist die Fassung im sächsischen Gesetzbuch in den angeführten Stellen.

31) Einen Vorgang liefert de L. 35 §. 5 C. E. 18, 1: In his, quae pondere numero mensura consistunt rlq. Was im Text zunächst vom §. 1437 des privatr. G. B. ausgeführt ist, gilt ebenso vom §. 876, dessen Inhalt wegen seiner Eigenthümlichkeit hier einen Platz finden mag: „Es können auch vertretbare Sachen in dem Sinn durch das Pfandbuch verpfändet werden, daß ein bestimmtes Maß oder Gewicht oder eine bestimmte Zahl solcher vorhandenen Sachen haftet."

32) Dieser Gegensatz ist scharf hervorgehoben von Jhering a a. O. IV S. 401, 405. Ihm ist beigetreten Bekker a. a. O. S 351. Verworfen wird die Unterscheidung und eine andere m. E. nicht haltbare an die Stelle gesetzt in Note 2 zu §. 360 von Puchta's Pandektenvorlesungen Bd. II S. 219 der 5. Aufl.

der Gesetzesbestimmungen. Die Ausdrücke Zuzählen, Zumessen, Zuwägen sind eine getreue Uebertragung der Quellenworte adnumerare, admetiri, adpendere, aber auch ebenso unbestimmt wie diese. Zwar ist Zu-zählen, Zu-messen, Zu-wägen mehr als Zählen, Messen, Wägen; man dachte sich also unter dem entscheidenden Momente etwas Anderes als die blos körperliche Thätigkeit des Abscheidens, man dachte sich wohl darunter die Vornahme dieses Akts in Beziehung auf den Käufer (vgl. Bluntschli, Commentar zum privatrechtlichen Gesetzbuch Bd. III S. 404). Im Weiteren läßt uns der Wortlaut im Stich. Man scheint sich merkwürdiger Weise bei Berathung dieses §. [33]) den so häufigen Fall des Waarenbezugs aus der Ferne gar nicht zum Bewußtsein gebracht zu haben.

Unter diesen Umständen entsteht die Frage:

Ist der §. 1437 im Sinne der (oben vertretenen) gemeinrechtlichen Theorie auszulegen?

Ich nehme keinen Anstand dies zu bejahen. Da besondere Anhaltspunkte fehlen, so sind wir auch hier verwiesen, unsere Entscheidung aus allgemeineren Prinzipien zu erholen. Dieselben sind, soweit sie hier einschlagen, dem privatrechtlichen Gesetzbuch mit dem gemeinen Recht gemeinsam. Wie aus den Verhandlungen innerhalb der Gesetzesrevisionskommission hervorgeht, war man sich des Grundgedankens, woraus die Vorschriften des römischen Rechts über die Gefahr beim Speziskauf erflossen sind, klar bewußt, man billigte ihn und suchte ihn im Gesetzbuch zum Ausdruck zu bringen (vgl. auch Bluntschli a. a. O. Note 2 zu §. 1438). Es wird ferner kaum Jemand vom Standpunkt des Zürcherischen Rechts die Richtigkeit der oben entwickelten Grundsätze über die Ausübung des Wahlrechts bei generellen Obligationen bezweifeln. Sind die Prämissen dieselben, so kann auch das Ergebniß kein anderes sein. Ich finde auch keine Vorschrift im privatrechtlichen Gesetzbuch, mit welcher der abgeleitete Satz in Widerspruch treten würde. Die Bestimmung in §. 1438, daß zum Uebergang der Gefahr

33) Ebensowenig bei Feststellung der entsprechenden Vorschriften des sächsischen Civilgesetzbuchs.

auf den Käufer die Sache so zu dessen Verfügung stehen müsse, daß er sie beliebig zur Hand nehmen kann, ist offenbar nicht wörtlich zu verstehen, als ob sofortige Besitzergreifung durch den Käufer möglich sein müßte. Sonst würde sie nicht vereinbar sein mit §. 1444 Abs. 1:

> Muß die Waare an den Käufer versendet werden, so ist, abgesehen von besonderer Handelsübung oder Uebereinkunft, anzunehmen, der Käufer habe die Gefahr des Transportes zu tragen.

Es soll mit fraglichem Beisatze wohl nichts Anderes gesagt sein, als daß die Waare zur Ueberlieferung an den Käufer bereit sein muß (Bluntschli a. a. O.). Dann aber steht damit unsere Theorie von der Gefahr beim Genuskauf in bestem Einklang. Endlich wird die hier vertretene Auslegung nicht scheitern an dem Satz, daß der Richter nicht unterscheiden darf, wo das Gesetz keinen Unterschied macht. Die wörtliche Auslegung liefert hier — das geben wohl Alle zu — kein befriedigendes Ergebniß; die logische aber ergibt, daß der Gedanke des Gesetzgebers ein einheitlicher ist, welcher nur in Anwendung auf die einzelnen Fälle verschiedene Gestalt gewinnt.

---

Bisher wurde die hier begründete Theorie lediglich mit dem Maßstab des positiven Rechts gemessen und ihre praktische Brauchbarkeit außer Betracht gelassen. Ich glaube indeß, daß sie die Prüfung auch von diesem Standpunkt nicht zu scheuen braucht. Die Grenzlinien, welche damit für die Vertheilung der Gefahr zwischen Verkäufer und Käufer gezogen sind, sind scharf, äußerlich heraustretend und darum leicht erkennbar. Die gefundenen Ergebnisse entsprechen aber auch, wenn ich nicht irre, dem allgemeinen Rechtsgefühle und der kaufmännischen Anschauung insonderheit.

---